

*Sygn. akt VI ACa 1075/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 31 października 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Anna Orłowska*

*Sędzia SA – Ewa Śniegocka (spr.)*

*Sędzia SO del. – Monika Dominiak*

*Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 31 października 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*przeciwko (...) Bank S.A. w W.*

*o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 26 kwietnia 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmC 5305/12*

*I oddala apelację;*

*II zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 120 (sto dwadzieścia) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

Sygn. akt VI A Ca 1075/13

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł przeciwko (...) BANK S.A. pozew o uznanie za niedozwolone następujących postanowień wzorców umowy: a) „Reklamacje dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania dyspozycji, Posiadacz (...) może składać w terminie tygodnia od powzięcia informacji o tym fakcie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia realizacji dyspozycji przez (...)”;

b) „Posiadacz (...) nie może podważyć autentyczności dyspozycji złożonej przy pomocy prawidłowego identyfikatora oraz hasła”;

c) „(...) nie ponosi odpowiedzialności za odmowę realizacji dyspozycji na skutek niedochowania przez posiadacza (...) warunków wskazanych w niniejszym Regulaminie, Umowie”.

W uzasadnieniu powództwa co do klauzuli oznaczonej lit. a) Powód podniósł, iż pozwany z jej wykorzystaniem wyłącza lub istotnie ogranicza swoją odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania po upływie określonego czasu, przez co postanowienie to wypełnia dyspozycję niedozwolonego postanowienia umownego wskazanego w przepisie art. 385<sup>3</sup> pkt. 2 K.c. Przyznanie konsumentowi prawa do złożenia reklamacji w terminie 30 dni od dnia realizacji dyspozycji może skutkować brakiem możliwości wykorzystania procedury reklamacyjnej. W rezultacie w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami pozwany przerzuca na konsumenta ciężar dochodzenia roszczenia.

Uzasadniając żądanie powództwa w zakresie roszczenia opisanego pod lit. b) powód wskazał, iż zmierza ona do wyłączenia odpowiedzialności względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. W ocenie powoda nie można wykluczyć sytuacji, w której złożenie dyspozycji przy użyciu prawidłowych haseł dostępu odbywa się poza wiedzą i wpływem konsumenta. Pozwany wyłącza swoją odpowiedzialność w sytuacjach, w których do ujawnienia identyfikatorów i haseł doszło z winy banku, a konsekwencją było złożenie dyspozycji przez osobę trzecią przy użyciu zdobytych danych.

W uzasadnieniu powództwa co do lit. c) powód podniósł, iż odmowa realizacji dyspozycji może pozostawać bez związku z niedochowaniem przez konsumenta warunków wskazanych w regulaminie czy umowie. Konstrukcja zakwestionowanego postanowienia pozwala zatem Pozwanemu zwolnić się od odpowiedzialności w sytuacji, gdy brak jest bezpośredniego związku pomiędzy odmową wykonania dyspozycji, a niedostosowaniem się konsumenta do zasad określonych w umowie i regulaminie.

Pozwany (...) Bank S.A. wniósł o oddalenie powództwa w całości, przeprowadzenie rozprawy pod jego nieobecność, przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odpowiedzi na pozew na okoliczności wskazane w jej uzasadnieniu oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, powiększonych o kwotę 17 zł tytułem opłaty skarbowej od złożonego odpisu pełnomocnictwa. W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew wskazano, iż co do klauzuli objętej lit. a) pozwu Powód pominął, iż § 42 ust. 1 Regulaminu składa się z dwóch zdań, z których drugie zostało całkowicie przemilczane, a zgodnie z którym Zapis zdania poprzedniego nie wyłącza prawa Posiadacza (...) do dochodzenia przeciwko (...) roszczeń na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Zdaniem Pozwanego z powyższego zapisu wynika, iż odpowiedzialność Banku za niewykonanie lub nienależyte wykonanie dyspozycji nie jest w żadnym razie ograniczona. Odnosząc się do klauzuli opisanej pod lit. b) powództwa, Pozwany podniósł, iż zgodnie z treścią § 20 ust. 3 Regulaminu Identyfikator i hasła do kanałów dostępu są poufne i powinny być znane wyłącznie wyżej wymienionym posiadaczom rachunków. Hasło jest ustalane samodzielnie przez każdego posiadacza, oddzielnie dla każdego kanału dostępu, bez udziału pracowników banku. Posiadacz rachunku zobowiązany jest zachować wiedzę o hasle w poufności. Podobnym obowiązkiem poufności jest objęty identyfikator nadawany przez (...), służący do identyfikacji klienta. Pozwany zarzucił, iż Powód nie wykazał, w jaki sposób dyspozycja z użyciem hasła czy identyfikatora, których charakter jest poufny, może odbyć się poza wiedzą i wpływem konsumenta. Co do klauzuli objętej lit. c) powództwa Pozwany wskazał, iż wyłączenie odpowiedzialności Banku na podstawie zakwestionowanego zapisu uwarunkowane jest zachowaniem posiadacza rachunku, którego treścią jest niedochowanie przezeń warunków wskazanych w umowie oraz w regulaminie. Niedochowanie reguł powinno zachowania stron określonych w umowie w ocenie Pozwanego nie powinno skutkować odpowiedzialnością drugiej strony.

Przed zamknięciem rozprawy strony nie zmieniły swoich stanowisk.

### **Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił i zważył, co następuje:**

W postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone Sąd dokonuje abstrakcyjnej oceny wzorca celem ustalenia, czy zawarte w nim klauzule mają charakter niedozwolonych postanowień umownych w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> K.c. W myśl tego przepisu za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny

z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Możliwość uznania wzorca umowy za niedozwolony i wyeliminowanie go z praktyki stosowania uzależniony jest od następujących warunków:

- 1) Postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie, a więc nie podlegało negocjacom;
- 2) Ukształtowane w ten sposób prawa i obowiązki konsumenta pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami;
- 3) Ukształtowane we wskazany sposób prawa i obowiązki rażąco naruszają interesy konsumenta;
- 4) Postanowienie umowy nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron, w tym ceny lub wynagrodzenia.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie, natomiast brak jednej z nich skutkuje tym, że sąd nie dokonuje oceny danego postanowienia pod kątem abuzywności.

Analizując zakwestionowane przez Powoda postanowienia w oparciu o wymienione kryteria nie budzi wątpliwości, iż konsumenci nie mają wpływu na jego treść, albowiem wzorzec jest przedstawiany przez pozwanego, a zatem należało uznać że nie jest z nimi uzgadniany indywidualnie. Przedmiotowe postanowienia nie dotyczą również głównych świadczeń stron umowy.

Do rozstrzygnięcia pozostała zatem jedynie kwestia czy zakwestionowane przez Powoda postanowienia kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Należy wskazać, że dobre obyczaje to reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać także działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. W stosunkach z konsumentami powinien wyrażać się on właściwym informowaniem o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu i realizacji umowy, rzetelnym traktowaniem równorzędnego partnera jakim jest konsument. Sprzeczne z dobrymi obyczajami są m. in. działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, ukształtowania stosunku zobowiązaniowego niezgodnie z zasadą równorzędności stron (tak M. Śmigiel – Wzorce umowne s. 360).

Pojęcie interesów konsumenta należy rozumieć szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, mogą to wejść inne aspekty: zdrowie konsumenta (jego bliskich), czas zbędnie tracony, dezorganizacja toku życia, przykrości, zawód itp. Naruszenie interesów konsumenta wynikające z niedozwolonego postanowienia musi być rażące, a więc szczególnie doniosłe. Rażące naruszenie interesów konsumenta zachodzi w sytuacji, gdy w sposób rażący naruszona została równowaga interesów stron umowy, przez to że jedna z nich wykorzystwała swoją przewagę formułując konkretny wzorzec. Określenie „rażąco” należy stosować do znacznego odchylenia przyjętego uregulowania od zasady uczciwego wyważenia praw i obowiązków. Przepis art. 3 ust. 1 europejskiej dyrektywy 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993r. stanowiącej wzorcową regulację dla polskiego ustawodawcy w dziedzinie ochrony interesów konsumenta przewiduje, że dana klauzula jest niedozwolona gdy naruszając zasadę wzajemnego zaufania powoduje istotną i nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lipca 2005r. (sygn. akt I CK 832/04, IC Biul SN 2006 nr 2 str. 86) wskazał, iż za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać wprowadzenie klauzul godzących w równowagę kontraktową, rażące naruszenie interesów konsumenta polega zaś na nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta w określonym stosunku umownym.

Należy także wskazać, że klauzula generalna wyrażona w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. uzupełniona została listą niedozwolonych postanowień umownych zamieszczoną w art. 385<sup>3</sup> k.c. Obejmuje ona najczęściej spotykane w praktyce klauzule uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami, zarazem rażąco naruszające interesy konsumenta. Ich wspólną cechą jest nierównomierne rozłożenie praw, obowiązków lub ryzyka między stronami prowadzące do zachwiania równowagi kontraktowej. Są to takie klauzule, które jedną ze stron (konsumenta) z góry, w oderwaniu od konkretnych okoliczności, stawiają w gorszym położeniu. Wyliczenie to ma charakter niepełny, przykładowy i pomocniczy. Funkcja jego polega na tym, iż zastosowanie we wzorcu umowy postanowień odpowiadających wskazanym w katalogu znacząco ułatwić ma wykazanie, że spełniają one przesłanki niedozwolonych postanowień umownych objętych klauzulą generalną art. 385<sup>1</sup> §1 k.c. Funkcja jego polega na tym, że zastosowanie we wzorcu umowy postanowień odpowiadających wskazanym w katalogu znacząco ułatwić ma wykazanie, że spełniają one przesłanki niedozwolonych postanowień umownych objętych klauzulą generalną art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. W razie wątpliwości ciężar dowodu, że dane postanowienia nie spełniają przesłanek klauzuli generalnej spoczywa na przedsiębiorcy. – art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. Aby uchylić domniemanie, że klauzula umowna zgodna z którąś z przykładowych klauzul wymienionych w art. 385<sup>3</sup> k.c. jest niedozwolonym postanowieniem umownym należy wykazać, że została ona uzgodniona indywidualnie lub, że nie kształtuje praw i obowiązków konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami rażąco naruszając ich interesy mimo swego „niedozwolonego” brzmienia tzn. nie spełnia przesłanek z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. . Dopiero po wykazaniu tej drugiej okoliczności może dojść do uchylenia domniemania abuzywności.

W niniejszej sprawie Powód zakwestionował trzy postanowienia wzorca umownego, którym posługuje się Pozwany, podnosząc na ograniczanie lub wyłączenie z ich wykorzystaniem odpowiedzialności Pozwanego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Zgodnie z treścią przepisu art. 385<sup>3</sup> pkt. 2 K.c. w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności wyłączają lub istotnie ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Ograniczenie odpowiedzialności przedsiębiorcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może przy tym odbywać się na różne sposoby m.in. poprzez utrudnienie mu realizowania roszczeń odszkodowawczych. W wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 11 października 2011r. sygn. VI ACa 421/11LEX nr 1171445 wskazano, iż ocena nieuczciwego charakteru postanowienia wzorca umownego w ramach kontroli abstrakcyjnej, pod kątem przesłanek określonych w art. 385<sup>1</sup> k.c., wymaga dokonania przez sąd weryfikacji "przyzwoitości" konkretnej klauzuli. Sąd musi zbadać, czy oceniane postanowienie wzorca jest sprzeczne z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów, jaki należy zrekonstruować w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Powinien ustalić, jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta w braku takiej klauzuli. Jeżeli konsument byłby w lepszej sytuacji, gdyby konkretnego postanowienia wzorca nie było, należy przyjąć, że ma ono charakter nieuczciwy, przy czym zważyć należy, w jaki sposób zakres praw i obowiązków stron w określonym obszarze normowany jest przez przepisy prawa, które znalazłyby zastosowanie w braku ocenianego postanowienia zaczerpniętego z wzorca.

Odnosząc się z uwzględnieniem powyższych wywodów do żądania powództwa objętego lit. a) Sąd Okręgowy zważył, iż niewątpliwie ustanowienie konsumentowi 30-dniowego terminu od dnia realizacji dyspozycji przez (...) na złożenie reklamacji dotyczącej niewykonania lub nienależytego wykonania tej dyspozycji istotnie ogranicza, a w wielu przypadkach uniemożliwia skorzystanie z procedury reklamacyjnej przez konsumenta. Słusznie zauważył Powód, iż uzyskanie wiedzy przez konsumenta o nienależytym wykonaniu dyspozycji może nastąpić po upływie 30-dniowego terminu od tego faktu. W takiej sytuacji konsument zostaje pozbawiony bez jakiegokolwiek własnej winy możliwości skorzystania z procedury reklamacyjnej. Brak jest przy tym, w ocenie Sądu Okręgowego, jakichkolwiek racjonalnych powodów dla wprowadzenia takiego limitu czasowego – przynajmniej na takie powody nie wskazano w odpowiedzi na pozew. Taka regulacja w ocenie Sądu Okręgowego pozwala na wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności Banku, gdyż procedura reklamacyjna jest najprostszym i najłatwiej dostępnym dla konsumentów sposobem realizacji ich roszczeń wobec przedsiębiorcy. W razie, gdy konsument zostanie pozbawiony prawa do skorzystania z tej drogi, może dochodzić swoich roszczeń na zasadach ogólnych tj. najczęściej w drodze procesu cywilnego. Wytoczenie takiego procesu wiąże się z szeregiem niedogodności organizacyjnych, stratą czasu, a wreszcie – z koniecznością poniesienia

określonych kosztów, w tym głównie opłat sądowych i obsługi prawnej. Konsument ponosi ciężar udowodnienia w takim postępowaniu wszelkich swoich twierdzeń i roszczeń, ponadto obciąża go ryzyko przegrania sprawy. Niewątpliwie zatem wprowadzenie zakwestionowanej klauzuli jest korzystne dla Banku, gdyż w wielu przypadkach zwalnia się on z obowiązku przeprowadzenia procedury reklamacyjnej, a ponadto w ewentualnym procesie cywilnym jego sytuacja jest korzystniejsza, niż konsumenta. Podnoszona przez Pozwanego okoliczność, iż w zdaniu drugim § 42 ust. 1 Regulaminu przewidziano prawo konsumenta do dochodzenia roszczeń przeciwko Bankowi na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie może zmienić negatywnej oceny zakwestionowanej klauzuli. Jest to wręcz potwierdzenie jej abuzywnego charakteru, polegającego na naruszeniu zasady równorzędności stron w stosunku umownym i ukształtowaniu tego stosunku przez przedsiębiorcę w sposób dla niego korzystny.

Z kolei drugie z zakwestionowanych postanowień podobnie musi zostać uznane za wypełniające dyspozycję przepisu art. 385<sup>(3)</sup> pkt. 2 K.c. Jakkolwiek rację ma Pozwany, iż zarówno identyfikator jak hasło mają zgodnie z treścią § 20 ust. 3 Regulaminu poufny charakter, to zapewnienie konsumentowi internetowych oraz telefonicznych kanałów dostępu do rachunków (...) wchodzi w zakres zobowiązania umownego Banku. Zgodnie z treścią § 18 ust. 1 Regulaminu posiadach (...) może uzyskać informacje o (...) m.in. za pośrednictwem multilinii, automatycznego serwisu telefonicznego oraz za pośrednictwem Internetu. Podobnie – za pośrednictwem tych kanałów dostępu konsument może realizować dyspozycje. Bank przyjął zatem na siebie określone obowiązki umowne i jest zobowiązany do należytego wykonania umowy w tym zakresie – w tym do zapewnienia prawidłowego i bezpiecznego funkcjonowania wszystkich kanałów dostępu. Niedopuszczalne jest przy tym konstruowanie domniemania, iż zobowiązanie Banku w tym zakresie jest wykonywane prawidłowo. Do tego zaś w ocenie Sądu sprowadza się zapis zakwestionowanej klauzuli. Konsument został bowiem pozbawiony prawa do zrealizowania swoich roszczeń z tytułu nienależytego w jego ocenie wykonania umowy przez Bank w określonej sytuacji faktycznej tj. w każdym razie gdy użyto prawidłowego identyfikatora oraz hasła. Bank zostaje co do zasady zwolniony z odpowiedzialności w takiej sytuacji. Tymczasem, jak wyżej wskazano, Bank zobowiązany jest zapewnić bezpieczne funkcjonowanie telefonicznych i internetowych kanałów dostępu do rachunków bankowych, zatem odpowiada także za zakłócenia w pracy wymienionych struktur, które skutkować mogą ujawnieniem poufnych co do zasady haseł i identyfikatorów. Dzisiejszy poziom wiedzy technicznej umożliwia włamanie do różnych systemów informatycznych, nie jest zatem wykluczone również złamanie systemu bankowego. Ponadto Sąd Okręgowy zwraca uwagę, iż w § 20 ust. 4 Regulaminu zawarto dwie klauzule wyłączające odpowiedzialność Banku, przy czym pierwsza z nich jedynie wiąże się przyczynowo z ujawnieniem hasła i identyfikatora osobom trzecim – pomimo ich poufnego charakteru – za co rzeczywiście Bank nie może ponosić odpowiedzialności. Druga – zakwestionowana w niniejszej sprawie – wyłącza zaś odpowiedzialność Banku co do zasady.

Odnosząc się do trzeciej z zakwestionowanych klauzul Sąd Okręgowy wskazał, iż słuszne są zarzuty powoda o niedopuszczalnej dowolności, jaką przyznał sobie przedsiębiorca w zakresie prawa interpretowania zachowania bądź niezachowania przez konsumenta warunków umowy i Regulaminu. Zakwestionowane postanowienie poza naruszeniem art. 385<sup>3</sup> pkt. 2 K.c. wypełnia zatem również dyspozycję przepisu art. 385<sup>3</sup> pkt. 9 K.c. , zgodnie z którym w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności przyznają kontrahentowi konsumenta uprawnienia do dokonywania wiążącej interpretacji umowy. Zakwestionowane postanowienie zwalnia Bank od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania w sytuacji niedochowania warunków Umowy i Regulaminu przez konsumenta, przy czym ocena, czy taka sytuacja ma miejsce została pozostawiona przedsiębiorcy. Zapis taki narusza interesy konsumenta poprzez pozbawienie go prawa do realizowania jego roszczeń odszkodowawczych.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy orzekł, jak w wyroku.

Od tego wyroku apelację złożył pozwany.

Zarzucił mu:

1) niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 328 § 2 k.p.c. przez:

a) pobieżne wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku i ograniczenie w znacznej części tego obowiązku do przytoczenia art. 385<sup>3</sup> pkt. 2 i pkt. 9 k.c. oraz pominięcie w wyjaśnieniu podstawy prawnej art. 44 ust. 1, art. 50 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,

b) niewyjaśnienie w uzasadnieniu wyroku, na czym polega w odniesieniu do zakwestionowanych klauzul, znaczne odchylenie przyjętych przez pozwanego uregulowań od zasady uczciwego wyważenia praw i obowiązków oraz istotna i nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta, tj. niewyjaśnienie, dlaczego w ocenie Sądu Okręgowego, postanowienia wzorca uznane za niedozwolone, obok sprzeczności z dobrymi obyczajami, naruszają również rażąco interesy konsumentów, co uniemożliwia kontrolę instancyjną orzeczenia w tym zakresie,

c) niewłaściwe zastosowanie w ocenie zebranego materiału dowodowego istotnych dla sprawy przepisów prawa materialnego, tj.

I) art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. przez uznanie, że ciężar dowodu niespełnienia przesłanek klauzuli generalnej z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. przez dane postanowienie umowne spoczywa na pozwanym, podczas gdy spoczywa on na powodzie, zaś art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. przerzuca ciężar dowodu na pozwanego jedynie co do okoliczności indywidualnego uzgodnienia postanowienia, nie zaś co do wykazania nieabuzywności postanowienia, co skutkowało błędnym założeniem, że pozwany nie wykazał dozwolonego charakteru postanowień wzorca,

II) art. 385<sup>3</sup> pkt. 2 k.c. przez uznanie, że pozwany wyłączył lub ograniczył odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w odniesieniu do pierwszego z zakwestionowanych postanowień, pomimo tego, że w treści § 42 ust. 1 zd. 2 Regulaminu otwierania i prowadzenia rachunku oszczędnościowego Indywidualnego Konta Emerytalnego (...) wyraźnie wskazana jest możliwość dochodzenia roszczeń na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, co w konsekwencji nie skutkuje wyłączeniem ani ograniczeniem odpowiedzialności pozwanego, a także w odniesieniu do ostatniego z zakwestionowanych postanowień przez fakt, że niedochowanie przez konsumenta warunków wskazanych w Regulaminie nie może skutkować zwolnieniem pozwanego z odpowiedzialności za odmowę realizacji dyspozycji klienta,

III) art. 471 k.c. w następstwie uznania, że w razie ujawnienia przez bank poufnych: identyfikatora i hasła, nie ponosi on odpowiedzialności odszkodowawczej;

2) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów - wzorca umownego w postaci Regulaminu:

a) w sposób niezgodny z zasadami doświadczenia życiowego, tj. przez przyjęcie, że w sytuacji złożenia przez posiadacza rachunku (...) dyspozycji przy pomocy poufnych: identyfikatora oraz samodzielnie ustalonych przez niego haseł, nie jest dopuszczalne wyłączenie odpowiedzialności pozwanego, podczas gdy w świetle zasad doświadczenia życiowego dopuszczalnym jest obciążenie skutkami wykorzystania poufnego hasła i identyfikatora osoby, która zobowiązała się do poufności oraz samodzielnie ustaliła to hasło,

b) w sposób dowolny, niepełny i wybiórczy z pominięciem pozostałej treści Regulaminu, tj., postanowień § 20 ust. 3 określającego obowiązek staranności klienta w zakresie ochrony Identyfikatora i hasła oraz § 43 ust. 5 określającego, że w przypadku nieuwzględnienia reklamacji lub rozpatrzenia reklamacji niezgodnie z żądaniem Posiadacza (...), Posiadacz (...) może złożyć odwołanie w terminie 14 dni od daty otrzymania odpowiedzi na reklamację, zatem w sytuacji, gdy nie jest wyłączona możliwość dochodzenia roszczeń w trybie reklamacyjnym;

3) naruszenie prawa materialnego poprzez błędne zastosowanie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i przyjęcie, że kwestionowane postanowienie wzorca kształtuje obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza jego interesy, podczas gdy przedmiotowa klauzula umowna nie ma takiego charakteru.

Pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu celem rozpoznania istoty sprawy, a na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku, z ostrożności procesowej, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa, a także zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów zastępstwa radcowskiego w postępowaniu przed sądem I instancji według norm przepisanych i o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów sądowych w postępowaniu odwoławczym, w tym zwrotu kosztów zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

#### **Apelacja nie jest zasadna.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Sąd Apelacyjny podziela wszystkie ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyjmuje je za własne. Ustalenia te nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Wyrok Sądu Okręgowego wbrew zarzutom apelacji jest w pełni prawidłowy i trafny z merytorycznego punktu widzenia.

Słuszne są argumenty przywołane przez Sąd Okręgowy w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, natomiast niezasadne są argumenty przytoczone w apelacji. Regulamin należy traktować jak wzorec umowy. Podlega on badaniu pod kątem abuzywności. W wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 218/10 Sąd Najwyższy uznał, że „Z mocy art. 384 § 1 k.c. regulamin jest jedną spośród wymienionych tym przepisem szczególnych postaci wzorca umowy”, zaś „Kontrola postanowień wzorca umowy w sądowym postępowaniu odrębnym w ramach szczególnego trybu postępowania w sprawach gospodarczych (art. 479<sup>36</sup> - art. 479<sup>45</sup> k.p.c.) może mieć charakter kontroli abstrakcyjnej, której dokonanie nie jest bynajmniej warunkowane uprzednim zawarciem umowy pomiędzy twórcą wzorca, a jego potencjalnym adresatem. Innymi słowy, postanowienia regulaminu, jako ustalonej przez jedną ze stron szczególnej postaci wzorca umowy (art. 384 § 1 k.c.), podlegają m.in. tzw. kontroli abstrakcyjnej w postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, wszczętym także przez podmiot niezwiązany umową z twórcą tego wzorca. Z mocy art. 479<sup>38</sup> § 1 k.p.c. powództwo w sprawach wszczynanych we wspomnianym postępowaniu może wytoczyć każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć (podkr. SN) z nim umowę...” Analogiczne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku VI ACa 282/11 z 4.10.2011r. „1. Postępowanie w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone ma na celu dokonanie abstrakcyjnej, to jest oderwanej od konkretnej umowy i wynikającego z niej rozkładu praw i obowiązków stron, oceny abuzywnego charakteru postanowień wzorca umownego używanego w obrocie konsumenckim przez przedsiębiorcę. Kontrola abstrakcyjna polega na kontroli wzorca jako takiego, w oderwaniu od konkretnej umowy, której wzorec dotyczy. W przypadku kontroli abstrakcyjnej ocenie podlega treść postanowienia wzorca, a nie sposób jego wykorzystania, czy jego powszechność w analogicznych wzorcach umowy. Istotą kontroli tego rodzaju jest eliminacja określonych postanowień wzorców z obrotu i dostarczenie przedsiębiorcom oraz konsumentom informacji jakiego rodzaju postanowienia wzorców są niepożądane w obrocie. 2. Wzorcem umowy są ustalone jednostronnie ogólne warunki umów, wzory umów, regulaminy. Cechą charakterystyczną wzorca umowy jest jego ustalenie tylko przez jedną stronę przyszłego stosunku prawnego. Ogólne warunki umów to sformalizowane zbiory ogólnych postanowień umownych uporządkowanych oraz usystematyzowanych według schematu przyjętego przez podmiot opracowujący ten wzorec. Wzór umowy to z reguły formularz określający treść konkretnej umowy, w którym pozostawia się puste miejsca na zmienne elementy umowy. Regulamin pełni funkcję podobną do ogólnych warunków umów i określa funkcjonowanie czegoś, zasady korzystania z czegoś, tryb postępowania. 3. Regulamin jest wzorcem umowy, a zatem nie może być utożsamiany z umową. Czym innym jest umowa, a czym innym wzorec umowy. Kontrola takiego wzorca umowy jest kontrolą abstrakcyjną i z tego względu nie jest uwarunkowana zawarciem umowy pomiędzy twórcą regulaminu (wzorca) a jego kontrahentem, czyli adresatem wzorca (konsumentem).”

Być może apelujący nie doczytał się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, na czym polega rażące naruszenie interesów konsumenta, nie przeszkodziło to jednak Sądowi Apelacyjnemu w dokonaniu kontroli instancyjnej tego orzeczenia. Okoliczność, że „znamię rażące powinno wynikać wprost” i że Sąd oparł się „na szeregu hipotetycznych założeń, przyjętych dowolnie...” jest tylko twierdzeniem apelującego przyjętym na użytek niniejszej sprawy. Sąd Apelacyjny nie podziela tego stanowiska wyrażonego w apelacji, niczym nie popartego, stanowiącego wyraz polemiki pozwanego z wnioskami Sądu I instancji. Pojęcie „rażącego naruszenia interesów konsumenta” jest wprawdzie przesłanką wynikającą z art. 385<sup>1</sup> kc, ale sama ta okoliczność wynika z omówienia poszczególnych klauzul zawartego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zaś w pierwszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy zanalizował szczegółowo rozumienie zarówno sprzeczności z dobrymi obyczajami, jak i rażącego naruszenia interesów konsumenta i wyjaśnił, na czym ono polega. Podkreślić należy, iż - jak to ujął Sąd Najwyższy w wyroku z 6.08.2004r, I CK 635/03 "Interesy" konsumenta należy rozumieć szeroko, nie tylko jako niekorzystne ukształtowanie jego sytuacji ekonomicznej. Należy tu uwzględnić także takie aspekty, jak niewygodę organizacyjną, stratę czasu, nierzetelne traktowanie, czy naruszenie prywatności konsumenta. Wszystkie zakwestionowane w pozwie postanowienia wzorców umów są rażąco sprzeczne z interesami konsumenta, co zostało wykazane przez Sąd Okręgowy przy analizie kwestionowanych postanowień. Być może nie zostało przez ten Sąd użyte określenie „rażące naruszenie interesów konsumenta”, jednak występowanie tej przesłanki w przypadku przedmiotowych klauzul jest jasne i oczywiste, co wprost wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku i było niewątpliwe dla Sądu Apelacyjnego.

Zaznaczyć trzeba, że Sąd I instancji nie jest zobowiązany do przytaczania w uzasadnieniu wyroku wszystkich przepisów, które brał pod uwagę, a jedynie tych, które stanowią podstawę prawną rozstrzygnięcia, dlatego też nie można uznać za słuszne zarzutów „pominięcia” przez Sąd art. 728 § 3 kc, art. 44 i 50 ustawy z 19.08.2011r o usługach płatniczych i in. Apelujący nie wyjaśnił zresztą, na czym ma polegać wpływ rzekomego „pominięcia” na treść rozstrzygnięcia.

Całkowicie niesłuszny jest zarzut sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów - wzorca umownego w postaci Regulaminu w sposób niezgodny z zasadami doświadczenia życiowego, dowolny, niepełny i wybiórczy z pominięciem pozostałej treści Regulaminu. Sąd Okręgowy dokonał oceny dowodów wbrew twierdzeniom apelacji - w sposób zgodny z zasadami doświadczenia życiowego kierując się logiką i obowiązującymi przepisami prawa, rozważając wszechstronnie zebrany w sprawie materiał dowodowy. Oceniał dowody według własnego przekonania, ale też mając na względzie przepisy prawa, czyli postąpił zgodnie z art.233 § 1 kpc.

Niezasadny jest także zarzut niewłaściwego zastosowania w ocenie zebranego materiału dowodowego istotnych dla sprawy przepisów prawa materialnego, tj. art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. przez uznanie, że ciężar dowodu niespełnienia przesłanek klauzuli generalnej z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. przez dane postanowienie umowne spoczywa na pozwanym. Przepis art. 385<sup>1</sup> § 4 kc mówi, że „Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje.”, zaś niezgodnienie indywidualne danej klauzuli jest przecież jedną z przesłanek jej abuzywności, zatem niewykazanie przez pozwanego, że dokonał indywidualnych uzgodnień oznacza tym samym nieudowodnienie dozwolonego charakteru zakwestionowanych w pozwie postanowień. W niniejszym przypadku nie budziło żadnych wątpliwości przedstawianie wzorca przez pozwanego, a więc niezgadnianie indywidualne tych postanowień.

Niezasadnie apelujący zarzuca wyrokowi niesłuszne uznanie, że pozwany wyłączył lub ograniczył odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Wbrew twierdzeniom apelacji zakwestionowane postanowienia Regulaminu wyłączają lub istotnie ograniczają odpowiedzialność Banku w odczuciu konsumenta, który bierze pod uwagę przede wszystkim te właśnie uregulowania, nie zaś inne przepisy. W postanowieniach Regulaminu liczą się dla konsumenta te, które ograniczają jego prawa, takimi zaś są zakwestionowane klauzule.



Zakwestionowane uregulowania niewątpliwie wyłączają lub znacznie ograniczają odpowiedzialność Banku, wyczerpując przesłanki z art. 385<sup>3</sup> pkt 2 kc.

Odnosnie do pktu a) pominięcie w ocenie charakteru prawnego spornej klauzuli art.44 ust 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011r o usługach płatniczych nie miało żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Apelujący powołuje się na ust 1 tej ustawy zapominając o istnieniu ust 2, który mówi o 13 miesiącach na wygaśnięcie roszczeń użytkownika względem dostawcy. Skoro pozwany twierdzi, że konsument w terminie 13 miesięcy będzie mógł dochodzić roszczeń od Banku na drodze reklamacyjnej, to powstaje pytanie, dlaczego kwestionowany zapis Regulaminu przewiduje co innego. Powiadomienie pozwanego przez konsumenta o stwierdzonych nieautoryzowanych, niewykonanych lub nienależycie wykonanych transakcjach płatniczych nie ma nic wspólnego z kwestionowaną klauzulą, w której chodzi o termin składania reklamacji i o sytuację, w której konsument nie wiedział o nieautoryzowanych, niewykonanych lub nienależycie wykonanych transakcjach płatniczych i dowiedział się o nich po upływie wskazanych w Regulaminie terminów do reklamacji. Zaznaczyć należy, że używane w ustawie o usługach płatniczych określenie „użytkownik” odnosi się w tym wypadku do konsumenta, zaś określenie „dostawca” - do pozwanego banku. Apelujący nie zauważa treści sąsiadującego art. 45 ustawy, który w ust 1 mówi, że: „Ciężar udowodnienia, że transakcja płatnicza była autoryzowana przez użytkownika lub że została wykonana prawidłowo, spoczywa na dostawcy tego użytkownika.”

Procedura reklamacyjna nie została uregulowana w przepisach prawa cywilnego, a jest ona najpowszechniejszą i najczęściej stosowaną formą dochodzenia roszczeń od przedsiębiorcy. Przeciętny konsument bierze pod uwagę uregulowania Regulaminu, które wykluczają możliwość złożenia przez niego reklamacji po upływie 30 dni od dnia realizacji dyspozycji, o tym zaś fakcie konsument mógł w ogóle nie wiedzieć. Zakładając bowiem, że nie wie on o dyspozycji zrealizowanej przy użyciu prawidłowego identyfikatora i hasła, ale poza jego wiedzą, z przyczyn leżących po stronie Banku, to konsument nie będzie w stanie dochować terminu 30 dni od dnia realizacji dyspozycji.

Nie można w sprawie o uznaniu postanowień wzorca umowy za niedozwolone rozważać roszczeń wynikających z art. 728 § 3 kc, gdyż dochodzenie tych roszczeń odbywa się w drodze procesu cywilnego, w którym sytuacja Banku jest niewątpliwie korzystniejsza niż konsumenta. Dysponuje on z reguły profesjonalnym pełnomocnikiem, konsument musi dopiero znaleźć takiego i wyłożyć jego koszty, musi także ponieść (z nadzieją na ich zwrot) koszty sądowe i poświęcić czas na prowadzenie takiego procesu. Wiąże się to z wieloma niedogodnościami organizacyjnymi, na które narażony jest konsument na skutek kwestionowanych zapisów. Nie można zatem wskazywać na drogę procesu cywilnego jako na formę realizacji roszczeń konsumenta, gdyż jest to droga znacznie utrudniona w stosunku do procedury reklamacyjnej.

Zakwestionowane uregulowania niewątpliwie wyłączają lub znacznie ograniczają odpowiedzialność Banku, wyczerpując przesłanki z art. 385<sup>3</sup> pkt 2 kc.

Niesłuszne są także argumenty apelującego dotyczące możliwości odwołania przewidzianego w Regulaminie na wypadek nieuwzględnienia reklamacji. Po pierwsze skutek złożenia odwołania jest zawsze niewiadomy, po drugie chodzi o możliwość uzyskania satysfakcji bez składania odwołania.

Całkowicie niezasadne jest także powoływanie się przez apelującego na możliwość dochodzenia swych praw przez konsumenta przed arbitrem Bankowym przy Związku Banków Polskich. Przede wszystkim konsument musi wiedzieć o takiej możliwości, zaś przepisy spornego Regulaminu go o tym nie informują. Wszczęcie postępowania przed Arbitrem wymaga wniesienia opłaty w wysokości 50 zł, podczas, gdy procedura reklamacyjna nie przewiduje żadnych kosztów, zaś zgodnie z § 20 ust 3 Arbitr Bankowy nie może zasądzić kosztów zastępstwa prawnego (a przecież konsument miał prawo ustanowić sobie pełnomocnika).

Nietrafne jest także powoływanie się na odpowiedzialność Banku na zasadach ogólnych, czyli na art. 471 kc. Odnoszą się do tej sytuacji wszystkie argumenty dotyczące dochodzenia roszczeń w drodze procesu cywilnego.

Klauzula z pktu b) jest abuzywna w niezaprzeczalny sposób. Z powodów wskazanych przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku może łatwo dojść do sytuacji, w której dyspozycja zostanie złożona przy użyciu prawidłowego identyfikatora i hasła, a mimo to pozostanie ona poza wiedzą i świadomością konsumenta. Istnieje szereg przypadków, w których wiadomość o prawidłowym identyfikatorze i hasle znajdzie się w posiadaniu osoby trzeciej z winy Banku lub z przyczyn, za które on ponosi odpowiedzialność. Zakwestionowana klauzula wyłącza zaś odpowiedzialność Banku co do zasady, czyli nawet wówczas, gdy dyspozycja była złożona nie przez konsumenta, ale przez inną osobę, nie dlatego, że konsument podał swoje hasło i identyfikator innej osobie, ale z przyczyn, za które odpowiada faktycznie Bank, to wtedy nie będzie on ponosił za to odpowiedzialności. Słusznie podniósł Sąd Okręgowy, iż w obecnej dobie możliwe są różne sposoby omińnięcia zabezpieczeń stosowanych przez Bank, a także złamanie informatycznego systemu bankowego, zatem możliwości złożenia dyspozycji przy użyciu prawidłowego hasła i identyfikatora bez zgody, a nawet wiedzy konsumenta są bardzo duże. W takim przypadku zaś Bank w Regulaminie wyłącza swoją odpowiedzialność, co jest niedopuszczalne.

Odnosnie do klauzuli wymienionej w pkt c), to zauważyć należy przede wszystkim, że zachowanie bądź nie przez konsumenta warunków umowy i Regulaminu jest kwestią oceną pozostawioną Bankowi. Treść tej klauzuli odpowiada zatem w pełni dyspozycji art. 385<sup>3</sup> pkt 9 kc stanowiącym, iż w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności przyznają kontrahentowi konsumenta uprawnienia do dokonywania wiążącej interpretacji umowy. Oprócz tego zakwestionowana klauzula, tak jak i poprzednie, wyłącza odpowiedzialność Banku za nienależyte wykonanie zobowiązania, czyli spełnia przesłanki z art. 385<sup>3</sup> pkt 2 kc. „Precyzyjne”, jak twierdzi apelujący, określenie warunków i sposobu składania reklamacji w Regulaminie wcale nie oznacza, że pozwany nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji umowy, np. kwestia ewentualnego niespełnienia wymagań wskazanych w Regulaminie podlega ocenie Banku, to pozwany zatem decyduje o odmowie realizacji dyspozycji, a to jest niedopuszczalne w świetle art. 385<sup>3</sup> pkt 9 kc. Rację ma Sąd Okręgowy twierząc, że tenże przepis (art. 385<sup>3</sup> kc) obejmuje „najczęściej spotykane w praktyce klauzule uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami, zarazem rażąco naruszające interesy konsumenta. [...] Funkcja jego polega na tym, że zastosowanie we wzorcu umowy postanowień odpowiadających wskazanym w katalogu znacząco ułatwić ma wykazanie, że spełniają one przesłanki niedozwolonych postanowień umownych objętych klauzulą generalną art. 385<sup>1</sup> § 1 k c. W razie wątpliwości ciężar dowodu, że dane postanowienia nie spełniają przesłanek klauzuli generalnej spoczywa na przedsiębiorcy. – art. 385<sup>1</sup> § 4 k c. Aby uchylić domniemanie, że klauzula umowna zgodna z którąś z przykładowych klauzul wymienionych w art. 385<sup>3</sup> k c. jest niedozwolonym postanowieniem umownym należy wykazać, że została ona uzgodniona indywidualnie lub, że nie kształtuje praw i obowiązków konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami rażąco naruszając ich interesy mimo swego „niedozwolonego” brzmienia tzn. nie spełnia przesłanek z art. 385<sup>1</sup> § 1 k c. Dopiero po wykazaniu tej drugiej okoliczności może dojść do uchylenia domniemania abuzywności.”

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny uznając, iż orzeczenie Sądu Okręgowego jest w pełni trafne, zaś apelacja nie ma żadnych uzasadnionych podstaw oddalił ją z mocy art. 385 kpc i orzekł o kosztach na podstawie art. 98 kpc.